Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Extra

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt Prof. Dr. Hermann Weber, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von *Prof. Dr. Martin Burgi,* München – *Prof. Dr. Christian Calliess,* Berlin – *Dr. Josef Christ,* Richter des BVerfG, Karlsruhe – *Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde,* Rechtsanwalt, Stuttgart – *Dr. Frank Fellenberg,* Rechtsanwalt, Berlin – *Prof. Dr. Andreas Heusch,* Präsident des VG, Düsseldorf – *Prof. Dr. Thomas Mayen,* Rechtsanwalt, Bonn – *Prof. Dr. Hubert Meyer,* Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – *Prof. Dr. Janbernd Oebbecke,* Münster – *Prof. Dr. Joachim Scherer,* Rechtsanwalt, LL.M., Frankfurt a. M. – *Dr. Heribert Schmitz,* Ministerialrat a. D., Berlin – *Prof. Dr. Friedrich Schoch,* Freiburg – *Dr. Thomas Schröer,* Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – *Prof. Dr. Rudolf Streinz,* München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und Rechtsanwältin Dr. Christiane Prause, Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

10c 20-21

Seite 1–6
40. Jahrgang
5. Mai 2021

Rechtsanwalt Professor Dr. Klaus-Peter Dolde und Rechtsanwältin Dr. Maria Marquard*

Ausgleichspflicht für pandemiebedingte Betriebs- und Tätigkeitsverbote

Zur Verfassungswidrigkeit des § 28 b I IfSG

Am 23.4.2021 ist das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (BGBl. I 2021, 802) in Kraft getreten (s. dazu den Überblick von Greve/Lassahn, NVwZ 2021, 665 [in diesem Heft]). Mit diesem wurde § 28 b IfSG in das Infektionsschutzgesetz aufgenommen. Der neu eingeführte § 28 b I Nr. 3, 4, 5, 7, 8 und 10 IfSG regelt weitreichende Betriebs- und Tätigkeitsverbote, ohne den Betroffenen einen finanziellen Ausgleich zu gewähren. Der Beitrag zeigt auf, dass die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 I GG und die Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG einen gesetzlich geregelten finanziellen Ausgleich für unzumutbare pandemiebedingte Betriebs- und Tätigkeitsverbote verlangen.

Der gedruckte Beitrag wird am 15.05.2021 erscheinen in NVwZ 2021, 674.

I. Meinungsstand

Seit Beginn der Corona-Krise im März 2020 wird in der Literatur ein Ausgleichsanspruch für finanzielle Verluste durch Betriebsschließungen diskutiert.[1] Dabei geht es um die Frage, ob Betriebe – wie zB Modegeschäfte, Gastronomiebetriebe, Kultureinrichtungen, Hotels, Fitnessstudios oder Diskotheken – vom Staat einen finanziellen Ausgleich für Verluste verlangen können, die sie durch pandemiebedingte Betriebsverbote erleiden. Diese Frage ist für zahlreiche Betriebe existenziell. In manchen Branchen, zB in der Clubszene, dauert der Zustand des „Lockdowns" schon mehr als ein Jahr an. Die überwiegende Meinung in der Literatur geht davon aus, dass es für einen finanziellen Ausgleich bei Betriebsverboten aktuell keine Rechtsgrundlage gibt.[2] Den betroffenen Betrieben und Betreibern steht danach trotz schwerwiegender Folgen der Betriebsverbote kein finanzieller Ausgleich zu. Die mit den Betriebsverboten einhergehenden Grundrechtseingriffe sind danach entschädigungslos hinzunehmen. Diese Rechtsauffassung wurde durch erste zivilgerichtliche Entscheidungen bestätigt.[3]

Nicht geklärt ist bislang die Frage, ob der Gesetzgeber aus Gründen der Verhältnismäßigkeit dazu verpflichtet ist, für diese Fälle einen finanziellen Ausgleich zu schaffen. Dies wird von *Shirvani* für Eingriffe in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb aus Art. 14 I GG bejaht.[4] Für *Shirvani* sind pandemiebedingte Betriebsverbote mit existenzbedrohenden Auswirkungen eine ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung.[5] *Burgi* hat darüber hinaus die Frage aufgeworfen, ob Art. 12 I GG – in strukturell vergleichbarer Weise wie Art. 14 I GG – zu Ausgleichsleistungen verpflichten könnte.[6]

---

* Die Autoren sind Rechtsanwälte in der Sozietät *Dolde Mayen* & *Partner*, Stuttgart und Bonn.

1 Beiträge zur Entschädigungsfrage zB von: *Antweiler*, NVwZ 2020, 584; *Bergwanger*, NVwZ 2020, 1804; *Bethge/Dombert*, NordÖR 2020, 329; *Brenner*, DÖV 2020, 660; *Dünchheim/Gräler*, VerwArch 2021, 38; *Eibenstein*, NVwZ 2020, 930; *Ernst/Putzer*, BDVR-Rundschreiben 1/2021, 4 ff.; *Giesberts/Gayger/Weyand*, NVwZ 2020, 417 (420 ff.); *Kment*, NVwZ 2020, 687; *Kümper*, DÖV 2020, 904; *Reschke*, DÖV 2020, 423; *Rinze/Schwab*, NJW 2020, 1905; *Schwintowski*, NJOZ 2020, 1473; *Shirvani*, NVwZ 2020, 1457; *ders.*, DVBl 2021, 158; *Stöß/Putzer*, NJW 2020, 1465; *Struß/Fabi*, DÖV 2020, 665; *Vießmann*, NVwZ 2021, 15; Bücher zur Entschädigungsfrage: *Quarch/Geissler/Plottek/Epe*, Staatshaftung in der Coronakrise, 2021; *Tholl*, Staatshaftung und Corona, 2021.

2 *Bergwanger*, NVwZ 2020, 1804 (1806); *Ernst/Putzer*, BDVR-Rundschreiben 1/2021, 4, 12; *Kment*, NVwZ 2020, 687; *Kümper*, DÖV 2020, 904 (914); *Reschke*, DÖV 2020, 423 (429); *Shirvani*, DVBl 2021, 158 (165); *Vießmann*, NVwZ 2021, 15 (20); in diese Richtung auch *Quarch/Plottek/Reuter* in *Quarch* ua, Staatshaftung in der Coronakrise, 172; aA *Antweiler*, NVwZ 2020, 584 (589).

3 *LG Heilbronn*, NVwZ 2020, 975; *LG Hannover*, Urt. v. 11.12.2020 – 8 O 4/20, BeckRS 2020, 34842; *LG Berlin*, NVwZ-RR 2021, 301; *LG Stuttgart*, Urt. v. 5.11.2020 – 7 O 109/20, BeckRS 2020, 31215; *LG Köln*, Urt. v. 12.1.2021 – 5 O 215/20, BeckRS 2021, 264.

4 *Shirvani*, NVwZ 2020, 1457; *ders.*, DVBl 2021, 158 (165).

5 *Shirvani*, NVwZ 2020, 1457 (1458 f.); in diese Richtung auch *Papier*, APuZ 2020, 35–37, 3 f.; *Schmitz/Neubert*, NVwZ 2020, 666 (669 f.).

6 *Burgi*, NVwZ-Editorial, Heft 6/2020; in diese Richtung auch *OVG Münster*, Beschl. v. 16.11.2020 – 13 B 1655/20. NE, BeckRS 2020, 31360 Rn. 10.

II. Ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung des Eigentums

1. Schutzbereich von Art. 14 GG

Unter den Schutz der Eigentumsgarantie fallen grundsätzlich alle vermögenswerten Rechte, die Berechtigten von der Rechtsordnung in einer Weise zugeordnet sind, dass sie die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zum privaten Nutzen ausüben dürfen.[7] Das *BVerfG* hat bislang offengelassen, ob das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch die Eigentumsgarantie geschützt wird.[8] Bloße Umsatz- und Gewinnchancen würden jedenfalls auch unter dem Gesichtspunkt des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs nicht erfasst.[9]

In der Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe wurden pandemiebedingte Betriebsverbote daher vielfach nur auf ihre Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG überprüft.[10] Teilweise wurde offengelassen, ob durch die Betriebsverbote Art. 14 I GG „in seiner Ausgestaltung als Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ betroffen ist.[11] Teilweise wird auf eine Differenzierung zwischen Art. 12 I und 14 I GG verzichtet und die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in beide Grundrechte gemeinsam geprüft.[12] Eine Überprüfung pandemiebedingter Betriebsverbote am Maßstab des Art. 14 I GG hat – soweit ersichtlich – bislang nur der *VGH München* vorgenommen.[13] Auch *Shirvani* behandelt Ausgleichspflichten bei pandemiebedingten Betriebsverboten nur unter dem Aspekt des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs.[14]

Die Scheu vor einer Überprüfung pandemiebedingter Betriebsverbote an der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 I GG ist unberechtigt. Die Frage, ob der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb der Unternehmen betroffen ist, kann offenbleiben. Bestehende genehmigte Gewerbebetriebe genießen den Schutz des Art. 14 I GG. Wird eine zulassungsbedürftige Anlage auf eigentumsfähigem Grund geführt, genießt der Betrieb den Schutz des Art. 14 I GG. Dieser Schutz erfasst zwar nicht die Genehmigung an sich, jedoch die aufgrund der Genehmigung geschaffene private Vermögensdisposition,[15] nämlich die Investition in das Eigentum.[16] Art. 14 I GG umfasst den Schutz des zivilrechtlichen Sacheigentums, dessen Besitz und die Möglichkeit, es zu nutzen. Verfassungsrechtlich geschützt ist damit die Nutzbarkeit der auf der Grundlage der Genehmigung geschaffenen betrieblichen Einrichtungen.[17]

Wird der Betrieb nicht auf eigenem Sacheigentum betrieben, sondern auf der Grundlage eines Mietvertrags, gilt nichts anderes. Art. 14 I GG schützt alle vermögenswerten Rechte, die durch privatrechtliche Rechtsnormen „dem Einzelnen so zugeordnet sind, dass er die damit verbundenen Befugnisse nach eigenverantwortlicher Entscheidung zu seinem privaten Nutzen ausüben darf“.[18] Dazu gehört nach der Rechtsprechung auch das Besitzrecht des Mieters oder des Pächters.[19] Danach ist die Nutzbarkeit eines Hotelgebäudes, eines Restaurants, eines Fitnessstudios oder einer Diskothek ebenso von Art. 14 I GG geschützt wie die Nutzbarkeit der (vollständigen) Ladenfläche eines Einzelhandelsbetriebs und die Nutzbarkeit eines Theater-, Konzert- oder Kinosaals. Alle von pandemiebedingten Verbotenen betroffenen Unternehmen können sich auf den Eigentumsschutz aus Art. 14 I GG berufen.

2. Eingriff in das Eigentum

Das in § 28 b I Nr. 3, 4, 5, 7, 8 und 10 IfSG vorgesehene Verbot, die dort genannten Einrichtungen zu betreiben bzw. die dort genannten Dienstleistungen zu erbringen, greift in das durch Art. 14 I GG geschützte Recht ein, das betriebliche Eigentum nach den eigenen Dispositionen bestimmungsgemäß zu nutzen.[20] Das *BVerfG* bewertete im Urteil zum Atomausstieg die Entziehung von gesetzlich bestimmten Reststrommengen und die damit verbundene Reduzierung der Verstromungskapazität als Eingriff in das Eigentum iSv Art. 14 I GG.[21] Für die Verringerung der „Kunden- oder Besucherkapazität“, zB im Bereich des Einzelhandels oder im Gastgewerbe durch die Beschränkungen des Infektionsschutzgesetzes gilt nichts anderes. Ein Eingriff in Art. 14 I GG liegt bereits dann vor, wenn der Gesetzgeber, wie in § 28 b I Nr. 4 b IfSG, die Kundenzahl pro Quadratmeter Verkaufsfläche beschränkt. Bei einer teilweisen oder vollständigen Betriebsuntersagung gilt dies erst recht. Dabei handelt es sich nicht nur um die Schmälerung von Erwerbschancen, sondern um die Beschränkung bzw. Untersagung der verfassungsrechtlich geschützten Nutzung des Eigentums. Ein Eingriff in die „Substanz des Gewerbebetriebs“[22] ist für einen Eingriff in Art. 14 I GG nicht erforderlich.

Da es sich nicht um einen Güterbeschaffungsvorgang und nicht um eine Änderung der Eigentumszuordnung handelt, liegt darin keine Enteignung iSv Art. 14 III GG,[23] sondern eine Inhaltsbestimmung iSv Art. 14 I 2 GG.

---

7 Statt aller *BVerfG*, NVwZ-RR 2021, 177 Rn. 74 = NVwZ 2020, 1661 Ls.
8 Statt aller *BVerfG*, NVwZ-RR 2021, 177 Rn. 86 = NVwZ 2020, 1661 Ls.; *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 240.
9 Statt aller *BVerfG*, NVwZ-RR 2021, 177 Rn. 86 = NVwZ 2020, 1661 Ls.; *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 240.
10 *VGH Mannheim*, Beschl. v. 9.4.2020 – 1 S 925/20, BeckRS 2020, 6351 Rn. 27 ff.; Beschl. v. 6.10.2020 – 1 S 2871/20, BeckRS 2020, 26103 Rn. 31 ff.; *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 14.5.2020 – 13 MN 156/20, BeckRS 2020, 8507 Rn. 32; *OVG Weimar*, Beschl. v. 8.4.2020 – 3 EN 245/20, BeckRS 2020, 8272 Rn. 43; *OVG Bremen*, Beschl. v. 7.5.2020 – 1 B 129/20, BeckRS 2020, 8065 Rn. 32; *VGH Kassel*, Beschl. v. 28.4.2020 – 8 B 1039/20.N, BeckRS 2020, 7280 Rn. 22.
11 *VGH Mannheim*, Beschl. v. 18.2.2021 – 1 S 398/21, BeckRS 2021, 2078 Rn. 83; *OVG Münster*, Beschl. v. 6.4.2020 – 13 B 398/20. NE, BeckRS 2020, 5158 Rn. 63; *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 29.4.2020 – 13 MN 120/20, BeckRS 2020, 7098 Rn. 4; *OVG Weimar*, Beschl. v. 25.2.2021 – 3 EN 88/21, BeckRS 2021, 3233 Rn. 40.
12 *OVG Schleswig*, Beschl. v. 23.10.2020 – 3 MR 47/20, BeckRS 2020, 27894 Rn. 26; *OVG Magdeburg*, Beschl. v. 4.11.2020 – 3 R 218/20, BeckRS 2020, 29264 Rn. 26; *OVG Saarlouis*, Beschl. v. 6.8.2020 – 2 B 258/20, BeckRS 2020, 18704 Rn. 19; *OVG Hamburg*, Beschl. v. 18.11.2020 – 5 Bs 209/20, BeckRS 2020, 34449 Rn. 38.
13 *VGH München*, Beschl. v. 23.2.2021 – 20 NE 21.367, BeckRS 2021, 2697 Rn. 12, das Erfordernis einer Ausgleichspflicht jedoch ablehnend.
14 *Shirvani*, NVwZ 2020, 1457 (1458).
15 *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 232.
16 *BVerfG*, NVwZ-RR 2021, 177 Rn. 88 = NVwZ 2020, 1661 Ls. In Rn. 110 spricht das *BVerfG* von dem durch Art. 14 I GG gewährleisteten Schutz von Investitionsvertrauen, unter Bezugnahme auf *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 372 ff.
17 *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 228; *BVerfG*, NVwZ 2021, 177 Rn. 82; so bereits *Dolde*, NVwZ 1986, 873 (874).
18 *BVerfGE* 126, 331 (358) = NVwZ-RR 2010, 745 Ls. = BeckRS 2010, 51462.
19 *BVerfGE* 134, 242 = NVwZ 2014, 211 Rn. 270; *BVerwGE* 133, 118 = NVwZ 2009, 1047 Rn. 15; Jarass/Pieroth/*Jarass*, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 14 Rn. 7.
20 Zum Schutz der Nutzung der Eigentumsposition insbes. *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 228; *BVerfGE* 101, 54 (75) = NJW 2000, 1471; Jarass/Pieroth/*Jarass*, GG Art. 14 Rn. 16; zusf. Maunz/Dürig/*Papier/Shirvani*, GG, Stand Aug. 2020, Art. 14 Rn. 146.
21 *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 234 ff., 292, 294.
22 So *Shirvani*, NVwZ 2020, 1457 (1458).
23 *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 243 ff.

3. Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit von Inhalts- und Schrankenbestimmungen

Im Urteil zum Atomausstieg fasste das *BVerfG* seine Rechtsprechung zu den Anforderungen an die verfassungsmäßige Inhalts- und Schrankenbestimmung iSv Art. 14 I 2 GG zusammen.[24] Der Gesetzgeber hat danach sowohl der grundgesetzlichen Anerkennung des Privateigentums durch Art. 14 I 1 GG als auch der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 II GG) Rechnung zu tragen. Er hat sich am Wohl der Allgemeinheit zu orientieren und die schutzwürdigen Interessen der Eigentümer und die Belange des Gemeinwohls in einen gerechten Ausgleich zu bringen. Jede Inhalts- und Schrankenbestimmung muss den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten. Soweit das Eigentum die persönliche Freiheit des Einzelnen im vermögensrechtlichen Bereich sichert, genießt es besonders ausgeprägten Schutz. Die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung ist umso weiter, je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und in einer sozialen Funktion steht. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers wird insbesondere durch die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse geprägt. Zu berücksichtigen sind außerdem der Grundsatz des Vertrauensschutzes und der Gleichheitssatz des Art. 3 I GG. Soweit es um den Investitionsschutz von Unternehmen geht, gewährt Art. 14 GG diesen keine geringeren Garantien als anderen Eigentümern. Der Gesetzgeber hat den Bestand der Betriebe und die im Vertrauen auf die Gesetzeslage getätigten Investitionen angemessen zu berücksichtigen.[25]

4. Ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen

Dem Gesetzgeber ist es nicht verwehrt, eigentumsbeschränkende Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die er im öffentlichen Interesse für geboten hält, auch in Härtefällen durchzusetzen, wenn er durch kompensatorische Vorkehrungen unverhältnismäßige oder gleichheitswidrige Belastungen der Eigentümer vermeidet und schutzwürdigem Vertrauen angemessen Rechnung trägt.[26] Durch einen solchen Ausgleich kann in bestimmten Fallgruppen die Verfassungsmäßigkeit einer sonst unverhältnismäßigen oder gleichheitswidrigen Schrankenbestimmung iSv Art. 14 I 2 GG gesichert werden.[27] Die Möglichkeit, die Verfassungsmäßigkeit einer sonst unverhältnismäßigen Inhalts- und Schrankenbestimmung durch einen vom Gesetzgeber vorzusehenden Ausgleich zu sichern, besteht nach Auffassung des *BVerfG* nur für die Fälle, in denen der mit der Schrankenbestimmung verfolgte Gemeinwohlgrund den Eingriff grundsätzlich rechtfertigt, aus Verhältnismäßigkeitsgründen allerdings noch zusätzlich einer Ausgleichsregelung bedarf.[28] Die finanziell ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung ist danach die Ausnahme, da der durch Art. 14 GG verankerte Bestandsschutz des Eigentümers im Rahmen des Möglichen vorrangig verlangt, eigentumsbelastende Regelungen ohne kompensatorische Ausgleichszahlungen verhältnismäßig auszugestalten.

Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Inhalts- und Schrankenbestimmung geht damit über eine Interessenabwägung hinaus. Es genügt nicht, dass der Gemeinwohlbelang das Interesse an der Nutzung des Privateigentums überwiegt. Eine Inhalts- und Schrankenbestimmung kann sich aufgrund ihrer Intensität oder ihrer Dauer als unzumutbar erweisen, obwohl der Gemeinwohlbelang, dem sie dient – isoliert betrachtet – von höherem Gewicht ist als der Schutz des Eigentums. So hat das *BVerfG* im Urteil zum Atomausstieg die Streichung von Zusatzstrommengen zwar durch überwiegende Gemeinwohlbelange als gerechtfertigt erachtet, gleichwohl aber die Inhalts- und Schrankenbestimmung für zwei Beschwerdeführer für unzumutbar erklärt.[29]

Der Unterschied zwischen Interessenabwägung und Zumutbarkeit wurde in der bisherigen Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe zu pandemiebedingten Betriebsverboten verkannt. Die meisten Entscheidungen beschränken sich auf eine Abwägung der durch die pandemiebedingten Betriebsverbote verursachten wirtschaftlichen Einbußen mit den „gravierenden Folgen für Leib und Leben einer Vielzahl vom Coronavirus Betroffener, für die der Staat nach Art. 2 II GG eine Schutzpflicht hat, und die damit verbundene Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Gesundheitssystems Deutschlands".[30] Die Frage, ob das dadurch gerechtfertigte Betriebsverbot eine ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung darstellt und ob der Normgeber verpflichtet gewesen wäre, einen finanziellen Ausgleich zu regeln, wurde in der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung bislang weitestgehend nicht gestellt.[31]

5. Unzumutbarkeit der Betriebsverbote des Infektionsschutzgesetzes

Man kann unterstellen, dass die Verbote des § 28 b I Nr. 3, 4, 5, 7, 8 und 10 IfSG geeignet und erforderlich sind, ein legitimes Ziel zu erreichen. Der mit den Verboten bezweckte Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung (Art. 2 II GG) ist zweifelsfrei ein verfassungsrechtliches Gut von hohem Wert, das die Interessen der betroffenen Eigentümer an der Nutzung ihrer betrieblichen Einrichtungen auch bei schwerwiegenden Folgen überwiegen kann.[32] Deshalb stellt sich die Frage, ob es sich bei den Verboten des § 28 b I Nr. 3, 4, 5, 7, 8 und 10 IfSG um eine zumutbare, auch die Anforderungen des Vertrauensschutzes und des Gleichheitsgebots wahrende Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums handelt.[33] Dabei sind nicht nur die Folgen zu berücksichtigen, die nach Inkrafttreten des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite[34] eintreten, sondern die Summe der Folgen aller pandemiebedingten Betriebsuntersagungen und – einschränkungen durch die vorausgegangenen Rechtsverordnungen der Länder, da es sich dabei um Maßnahmen zur Bekämpfung *einer* Pandemie handelt, die das Eigentum in

24 *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 268.
25 *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 270.
26 *BVerfGE* 141, 220 (246) = NJW 2016, 1781 Rn. 259 = NVwZ 2016, 839 Ls. unter Bezugnahme auf *BVerfGE* 58, 137 (149 f.) = NJW 1982, 633; *BVerfGE* 79, 174 (192) = NJW 1989, 1271 = NVwZ 1989, 549 Ls.; *BVerfGE* 83, 201 (212 f.) = NJW 1991, 1807 = NVwZ 1991, 766 Ls.; *BVerfGE* 100, 266 (244) = NJW 1999, 2030.
27 *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 259; *BVerfGE* 100, 226 (244) = NJW 1999, 2877 = NVwZ 1999, 1218 Ls.
28 *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 260; *BVerfGE* 100, 226 (244, 246 f.) = NJW 1999, 2877 = NVwZ 1999, 1218 Ls.
29 *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 305 u. 310.
30 *VGH Mannheim*, Beschl. v. 18.2.2021 – 1 S 398/21, BeckRS 2021, 2078 Rn. 78; in diese Richtung auch *OVG Weimar*, Beschl. v. 25.2. 2021 – 3 EN 88/21, BeckRS 2021, 3233 Rn. 40; *OVG Magdeburg*, Beschl. v. 4.11.2020 – 3 R 218/20, BeckRS 2020, 29264 Rn. 44 ff.; *OVG Hamburg*, Beschl. v. 18.11.2020 – 5 Bs 209/20, BeckRS 2020, 34449 Rn. 38.
31 Vgl. *VGH Mannheim*, Beschl. v. 18.2.2021 – 1 S 398/21, BeckRS 2021, 2078 Rn. 84; diese Frage verneinend *VGH München*, Beschl. v. 23.2. 2021 – 20 NE 21.367, BeckRS 2021, 2697 Rn. 12.
32 Im Atomausstiegsurteil spricht das *BVerfG* davon, dass das Gemeinwohlinteresse an der Laufzeitverkürzung (Leben, Gesundheit und die natürlichen Lebensgrundlagen aus Art. 20 a GG) die Eigentumsbelastung „eindeutig" überwiegt, *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 305.
33 *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 291.
34 BGBl. I 2021, 802.

ihrer Summe entwerten und nicht in Teilakte für die jeweils kurze Dauer des einzelnen Verbots „zerlegt“ werden können. Das Vierte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite betrifft „vorgeschädigtes“ Eigentum, dem nur noch geringere Eingriffe zumutbar sind als zu Beginn der Pandemie im März 2020.[35]

Dass die pandemiebedingten Betriebsuntersagungen und -einschränkungen für viele Betriebe die Zumutbarkeitsschwelle überschritten haben, ist nicht ernstlich zu bezweifeln. Vollständige Betriebsschließungen durch den Gesetz- bzw. Verordnungsgeber seit mindestens einem halben Jahr – in manchen Branchen sogar seit über einem Jahr – sind nicht regelmäßig hinzunehmen. Die Corona-Pandemie ist eine Sondersituation. Die Betroffenheit durch die im öffentlichen Interesse gebotenen Schutzmaßnahmen ist ein Härtefall. Er gebietet bei entsprechender Schwere einen finanziellen Ausgleich für die Eigentumsbeeinträchtigung.[36] Eines Sonderopfers bedarf es dafür nicht,[37] da es nicht auf die Ungleichheit der Belastung ankommt, sondern auf die Eingriffsintensität. Die Politik hat dies erkannt. Mit dem „Teil-Lockdown“ Ende Oktober 2020 verkündeten die Ministerpräsidentinnen und Ministerpräsidenten gemeinsam mit der Bundeskanzlerin eine „außerordentliche Wirtschaftshilfe“, um die von den „temporären Schließungen“ betroffenen Unternehmen, Betriebe, Selbständigen, Vereine und Einrichtungen für finanzielle Ausfälle zu entschädigen.[38] Diese angekündigte finanzielle Hilfe – die so genannte November- und Dezemberhilfe – bewirkte in einigen Fällen, dass die Betriebsschließungen ab November 2020 von den Oberverwaltungsgerichten und Verwaltungsgerichtshöfen für rechtmäßig erachtet wurden. Der Grundrechtseingriff (in Art. 12 I GG) werde dadurch gemildert, „dass erhebliche staatliche Entschädigungsleistungen für den Umsatzausfall angekündigt wurden“.[39] In der Begründung des Entwurfs des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite wird für § 28 b I Nr. 3, 5 und 7 IfSG ausgeführt, die durch die zeitweise Schließung von Freizeit- bzw. Kultureinrichtungen und Gastronomiebetrieben entstehenden Einnahmeeinbußen und die wirtschaftlichen Belastungen würden durch wirtschaftliche Kompensationsprogramme erheblich abgemildert, so dass sich die Beeinträchtigung in Abwägung mit dem Ziel einer Reduzierung von Infektionszahlen in einer volatilen Pandemielage als angemessen erweise.[40] Entsprechend wurden die Betriebsverbote des § 28 b I Nr. 3, 4 und 5 IfSG von *Brenner* ua deshalb für verfassungsmäßig erachtet, weil die Verhältnismäßigkeit dadurch sichergestellt werde, „dass Einnahmeeinbußen durch Ausgleichszahlungen in erheblichem Umfang kompensiert werden“.[41]

Dies genügt den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 14 I 2 GG nicht. Die angesprochenen Kompensationen – inzwischen Überbrückungshilfen genannt – sind freiwillige Finanzhilfen zur teilweisen Deckung der Fixkosten.[42] Sie können jederzeit eingestellt werden. Einen einklagbaren Rechtsanspruch gibt es nicht.[43] Zudem wurde der von der EU vorgegebene Beihilferahmen von aktuell 1,8 Mio. Euro für Kleinbeihilfen inzwischen von vielen Unternehmen ausgeschöpft. Sie können keine weiteren Finanzhilfen mehr in Anspruch nehmen.[44] Das *OVG Lüneburg* hat deshalb zutreffend festgestellt, dass die Wirkung der Kompensationen begrenzt und nicht geeignet ist, die Eingriffswirkung vollständig zu beseitigen oder auf ein dauerhaft hinzunehmendes Maß zu reduzieren.[45]

6. Regelungspflicht des Gesetzgebers

Sind Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums nur bei Gewährung eines finanziellen Ausgleichs verfassungsgemäß, hat der den Eingriff zulassende Gesetzgeber zugleich den Anspruch auf den finanziellen Ausgleich zu regeln. Dieser Anspruch ergibt sich nicht unmittelbar aus Art. 14 I 2 GG.[46] Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, Inhalt und Schranken des Eigentums und somit auch Art und Umfang des Ausgleichs sonst unverhältnismäßiger Belastungen zu regeln.[47] Der Gesetzgeber darf nicht darauf vertrauen, dass die Verwaltung oder die Gerichte Verletzungen der Eigentumsgarantie gegebenenfalls durch ausgleichende Vorkehrungen oder Geldleistungen vermeiden.[48] Dies ergibt sich nicht nur aus Art. 14 I 2 GG, sondern auch aus dem Budgetrecht des Parlaments und dem Bestimmtheitsgrundsatz.[49] Freiwillige Hilfsprogramme der Bundesregierung genügen daher den Anforderungen an eine Ausgleichsregelung nicht.

Nach über einem Jahr Corona-Pandemie ist der Gesetzgeber verpflichtet, für unzumutbare Betriebs- und Tätigkeitsverbote des § 28 b I Nr. 3, 4, 5, 7, 8 und 10 IfSG einen finanziellen Ausgleichsanspruch zu regeln.[50] Dies wurde bei Erlass des Vierten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite versäumt. Freiwillige Hilfsprogramme mögen zu Beginn der Corona-Krise geeignet gewesen sein, die Eingriffsintensität zu verringern. Inzwischen sind die wirtschaftlichen Folgen der Be-

35 So auch *Shirvani*, NVwZ 2020, 1457 (1459); zu den Folgen s. auch *Ernst/Putzer*, BDVR-Rundschreiben 1/2021, 4, 8.

36 Zum Härtefall *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 259; *BVerfG*, NVwZ 2010, 512 Rn. 41; Jarass/Pieroth/*Jarass*, GG Art. 14 Rn. 53.

37 So aber wohl *Shirvani*, NVwZ 2020, 1457 (1460), nach dem das Erfordernis eines Härtefalls gegen die Anwendung der ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung auf Betriebsschließungen spricht.

38 „Beschluss“ aus der Videokonferenz der Bundeskanzlerin mit den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 28.10.2020, 4, im Anschluss an Soforthilfen vom März 2020.

39 *VGH München*, Beschl. v. 11.11.2020 – 20 NE 20.2485, BeckRS 2020, 30790 Rn. 30; Beschl. v. 17.11.2020 – 20 NE 20.2620, BeckRS 2020, 32232 Rn. 28; Beschl. v. 25.11.2020 – 20 NE 20.2588, BeckRS 2020, 32987 Rn. 18; ähnlich auch: *OVG Saarlouis*, Beschl. v. 12.11.2020 – 2 B 316/20, BeckRS 2020, 31093 Rn. 14; *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 6.11.2020 – 13 MN 433/20, BeckRS 2020, 29459 Rn. 55; Beschl. v. 6.11.2020 – 13 MN 411/20, BeckRS 2020, 29454 Rn. 53; *OVG Bautzen*, Beschl. v. 11.11.2020 – 3 B 357/20, BeckRS 2020, 30493 Rn. 62; *OVG Bremen*, Beschl. v. 9.11.2020 – 1 B 342/20, BeckRS 2020, 30300 Rn. 46; *LG Hannover*, Urt. v. 20.11.2020 – 8 O 4/20 Rn. 77.

40 BT-Drs. 19/28444, 12 f.

41 *Brenner*, Stellungnahme v. 16.4.2021 für die Öffentliche Anhörung des Gesundheitsausschusses zum Entwurf des 4. Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, 8.

42 Ausf. Informationen zu den Corona-Hilfen der Bundesregierung finden sich auf der Internetseite des Bundeswirtschaftsministeriums und Bundesfinanzministeriums www.ueberbrueckungshilfe-unternehmen.de (abgerufen am 20.4.2021).

43 So auch *Shirvani*, NVwZ 2020, 1457 (1462).

44 Stellungnahme des DEHOGA-Bundesverbands v. 16.4.2021 für die Öffentliche Anhörung des Gesundheitsausschusses zum Entwurf des 4. Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, 2.

45 *OVG Lüneburg*, Beschl. v. 21.1.2021 – 13 MN 14/21, BeckRS 2021, 456 Rn. 27; in diese Richtung auch *Schmitz/Neubert*, NVwZ 2020, 666 (669).

46 *BVerfGE* 52, 1 (27 f.) = NJW 1980, 985; *BVerfGE* 58, 300 (320) = NJW 1982, 745 = NVwZ 1982, 242 Ls.; *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 380 ff.; Jarass/Pieroth/*Jarass*, GG Art. 14 Rn. 54.

47 *BVerfGE* 100, 226 (245) = NJW 1999, 2877 = NVwZ 1999, 1218 Ls.; Jarass/Pieroth/*Jarass*, GG Art. 14 Rn. 54; Maunz/Dürig/*Papier/Shirvani*, GG Art. 14 Rn. 490.

48 *BVerfGE* 100, 226 (245) = NJW 1999, 2877 = NVwZ 1999, 1218 Ls.

49 *BVerfGE* 100, 226 (245 f.) = NJW 1999, 2877 = NVwZ 1999, 1218 Ls.

50 Das Erfordernis einer Ausgleichsregelung im IfSG ebenfalls bejahend *Shirvani*, NVwZ 2020, 1457 (1461); *Papier*, APuZ 2020, 35-37, S. 3 f.; *Schmitz/Neubert*, NVwZ 2020, 666 (670).

triebsschließungen für die betroffenen Betriebe und Branchen bekannt. Die Erfahrungen mit den Hilfsprogrammen der Bundesregierung können Grundlage für die Ausgestaltung des finanziellen Ausgleichs sein, der die betroffenen Betriebe vor unzumutbaren Belastungen schützt. Ohne eine Regelung des finanziellen Ausgleichs bei unzumutbaren Betriebsverboten ist die Regelung § 28 b I Nr. 3, 4, 5, 7, 8 und 10 IfSG unverhältnismäßig und wegen Verstoßes gegen die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 I GG verfassungswidrig.

III. Ausgleichspflichtige Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit

1. Schutzbereich von Art. 12 GG

Art. 12 GG gewährt das Recht, eine Tätigkeit als Beruf zu ergreifen und frei auszuüben. Unter Beruf ist dabei jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage zu verstehen.[51] Auch der Einsatz von Eigentum zu Erwerbszwecken steht unter dem Schutz der Berufsfreiheit.[52] Das Betreiben von Freizeiteinrichtungen, Ladengeschäften, Märkten, Kultureinrichtungen, Gaststätten und Hotels sowie die Ausübung körpernaher Dienstleistungen auf der Grundlage von verfassungsrechtlich geschütztem Eigentum ist danach auch durch Art. 12 I GG geschützt.[53] Fehlt es an einer durch Art. 14 I GG geschützten betrieblichen Nutzung des Eigentums, schützt Art. 12 I GG die betriebliche Tätigkeit als solche. Das ist zB bei der Ausübung einer Dienstleistung ohne eigene Räumlichkeiten der Fall.

2. Eingriff in die Berufsfreiheit

Art. 12 I GG schützt vor solchen Beeinträchtigungen, die gerade auf die berufliche Betätigung bezogen sind, indem sie eine Berufstätigkeit unmittelbar unterbinden oder beschränken. Eingriffe in die Berufsfreiheit sind danach ua Vorschriften, die eine berufliche Tätigkeit grundsätzlich verbieten und nur unter dem Vorbehalt behördlicher Einzelzulassung erlauben.[54]

Die Regelungen in § 28 b I Nr. 3, 4, 5, 7, 8 und 10 IfSG unterbinden die dort genannten Tätigkeiten unmittelbar. Für die Geltungsdauer des § 28 b IfSG ist die Ausübung der beruflichen Tätigkeit in den genannten Einrichtungen bzw. das Erbringen der genannten Dienstleistungen nach Maßgabe dieser Regelung verboten bzw. eingeschränkt. Das ist ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Betroffenen.[55]

3. Anforderungen an die Verhältnismäßigkeitsprüfung von Berufsausübungsregelungen

Jede Beeinträchtigung der Berufsfreiheit muss verhältnismäßig sein. Daher müssen die Eingriffe zur Erreichung des Eingriffsziels geeignet sein und dürfen nicht weiter gehen, als es die Gemeinwohlbelange erfordern. Die Eingriffsmittel dürfen zudem nicht übermäßig belastend sein, so dass bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist.[56]

Die Anforderungen an die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Berufsausübungsregelungen sind die gleichen wie an die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Inhalts- und Schrankenbestimmungen nach Art. 14 I 2 GG. In beiden Fällen müssen die widerstreitenden Interessen abgewogen werden. Dabei muss die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleiben. Bei Eingriffen in die Berufsfreiheit geschieht dies – wie bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums[57] – nicht selten durch Übergangsregelungen.[58] Ist eine verhältnismäßige Ausgestaltung der Berufsausübungsregelung durch Übergangsregelungen nicht möglich, ist der Eingriff wegen Verstoßes gegen Art. 12 I GG verfassungswidrig. Die Beeinträchtigung ist aufzuheben bzw. auf das mit Art. 12 I GG zu vereinbarende Maß abzumildern. Die Möglichkeit, die Verhältnismäßigkeit einer Berufsausübungsregelung in Härtefällen durch einen finanziellen Ausgleich unter Beibehaltung der Einschränkung herzustellen, wurde bislang nicht in Betracht gezogen.

4. Ausgleichspflichtige Berufsausübungsregelung

Die Rechtsprechung des *BVerfG* zu ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmungen ist auf Art. 12 GG zu übertragen.[59] Im Urteil zum Atomausstieg hat das *BVerfG* festgestellt, der Schutz der Berufsfreiheit für die unternehmerische Betätigung gehe in diesem Fall nicht weiter als der des Eigentumsrechts für dessen berufliche Nutzung.[60] Umgekehrt gilt dasselbe. Soweit eine berufliche Tätigkeit nicht den Schutz des Art. 14 I GG genießt, gilt für den Schutz aus Art. 12 I GG der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gleichermaßen. Auch die Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit muss zumutbar sein. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist wie der Grundsatz des Vertrauensschutzes eine grundrechtsübergreifende, im Rechtsstaatsprinzip begründete Schranke des Gesetzgebers.[61] Sie kann ihn dazu verpflichten, die Zumutbarkeit von Grundrechtseingriffen durch einen finanziellen Ausgleich herzustellen.[62]

Die wirtschaftlichen Folgen der Verbote des § 28 b I Nr. 3, 4, 5, 7, 8 und 10 IfSG sind für die Betroffenen gravierend, unabhängig davon, ob man die Regelung an Art. 14 I oder an Art. 12 I GG misst. In beiden Fällen stehen den wirtschaftlichen Einbußen die Gemeinwohlbelange Leben, Gesundheit und Aufrechterhaltung des Gesundheitssystems gegenüber. Zweifellos können diese Gemeinwohlbelange das Interesse der Betroffenen an der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit überwiegen. Nach einem Jahr pandemiebedingter Schließungen können die Betriebs- und Tätigkeitsverbote ohne finanziellen Ausgleich aus den unter II.5. dargelegten Gründen unzumutbar sein. Im Anwendungsbereich des Art. 14 GG sind die Verbote dennoch hinzunehmen, wenn der Gesetzgeber die Möglichkeit eines finanziellen Aus-

51 *BVerfG*, NVwZ-RR 2021, 177 Rn. 92 = NVwZ 2020, 1661 Ls.; *BVerfGE* 141, 121 = NJW 2016, 930 Rn. 32 u. 34.
52 *BVerfGE* 145, 20 = NVwZ 2017, 1111 Rn. 129.
53 Für pandemiebedingte Betriebsschließungen ebenfalls auf Art. 12 GG abstellend *BVerfG*, Ablehnung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch Beschl. v. 28.4.2020 – 1 BvR 899/20, BeckRS 2020, 6938 Rn. 11 (Fitnessstudio); Beschl. v. 29.4.2020 – 1 BvQ 47/20, BeckRS 2020, 7210 Rn. 15 (Einzelhandel).
54 *BVerfG*, NVwZ-RR 2021, 177 Rn. 95 mwN = NVwZ 2020, 1661 Ls.
55 Zur Abgrenzung zwischen Berufswahl und Berufsausübung Jarass/Pieroth/*Jarass*, GG Art. 12 Rn. 37 ff.
56 *BVerfGE* 121, 317 (346) = NJW 2008, 2409 = NVwZ 2008, 987 Ls.; *BVerfGE* 138, 261 = NVwZ 2015, 582 Rn. 54; *BVerfGE* 141, 82 = NJW 2016, 700 Rn. 53; *BVerfGE* 145, 20 = NVwZ 2017, 1111 Rn. 130 ff., 188 ff.; *BVerfG*, NVwZ-RR 2021, 177 Rn. 99 ff., 107 ff.
57 *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 260.
58 Jarass/Pieroth/*Jarass*, GG Art. 12 Rn. 53; zu den Anforderungen an Übergangsregelungen *BVerfGE* 126, 112 (155) = NVwZ 2010, 1212; *BVerfG*, NVwZ-RR 2021, 177 Rn. 107 ff.
59 In diese Richtung auch *Burgi*, NVwZ-Editorial, Heft 6/2020.
60 *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 391; in diese Richtung schon *BVerfGE* 50, 290 (365) = NJW 1979, 699.
61 Zum Vertrauensschutz *BVerfG*, NVwZ-RR 2021, 177 Rn. 122 = NVwZ 2020, 1661 Ls.
62 Zu der aus den Grundrechten „abzuleitenden staatlichen Verpflichtung zum Ausgleich oder zur Entschädigung für Grundrechtsverletzungen" *BVerfG*, NVwZ 2021, 398 Rn. 32; zum finanziellen Ausgleich als milderes Mittel bei Beeinträchtigung des Vertrauensschutzes durch unechte Rückwirkung *BVerfG*, NVwZ-RR 2021, 177 Rn. 57 = NVwZ 2020, 1661 Ls.

gleichs schafft.[63] Ließe man dies im Anwendungsbereich des Art. 12 GG nicht zu, bliebe es bei der Unzumutbarkeit. Um dies zu vermeiden, wären die Verbote auf ein zumutbares Maß zu reduzieren. Die Tätigkeiten wären (zumindest eingeschränkt) wieder zulässig. Der Schutz der Berufsfreiheit für die unternehmerische Betätigung ginge weiter als der Schutz der beruflichen Nutzung des Eigentums. Dafür gibt es keine Rechtfertigung. Kann die Verfassungsmäßigkeit einer sonst unverhältnismäßigen Berufsausübungsregelung in Härtefällen durch einen finanziellen Ausgleich hergestellt werden, ist von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Art. 12 I GG gebietet es in gleicher Weise wie Art. 14 I GG, für unzumutbare Verbote des § 28 b I Nr. 3, 4, 5, 7, 8 und 10 IfSG einen finanziellen Ausgleich zu schaffen.

5. Regelungspflicht des Gesetzgebers

Den finanziellen Ausgleich für eine ansonsten unverhältnismäßige Berufsausübungsregelung muss der Gesetzgeber regeln. Die Ausgleichsregelungen bedürfen – wie die ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmungen – einer gesetzlichen Grundlage. Nach Art. 12 I 2 GG kann die Berufsausübung nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Wie bei Art. 14 I GG ist es Sache des Gesetzgebers die Wahrung der verfassungsrechtlichen Grenzen einer Berufsausübungsregelung sicherzustellen. Er darf nicht darauf vertrauen, dass die Verwaltung die Verfassungsmäßigkeit durch Geldleistungen herstellt.[64] Das *BVerfG* hat zum rheinland-pfälzischen Denkmalschutzgesetz festgestellt, „soweit kompensatorische Entschädigungsansprüche begründet werden sollen, kann dies ohnehin, auch mit Rücksicht auf das Budgetrecht des Parlaments, nur durch ein Gesetz geschehen“.[65] Die freiwilligen Hilfen der Bundesregierung für die von pandemiebedingten Schließungen betroffenen Unternehmen umfassen mehrere Mrd. Euro. Auszahlungen in dieser Höhe sind ohne gesetzliche Grundlage mit dem Budgetrecht des Bundestags unvereinbar. Dies spricht auch im Schutzbereich des Art. 12 I GG für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung des erforderlichen finanziellen Ausgleichs.

Eine gesetzliche Regelung ist auch aus Sicht der Betroffenen erforderlich. Sie benötigen einen einklagbaren Rechtsanspruch auf finanziellen Ausgleich für ihre unzumutbaren wirtschaftlichen Einbußen. Freiwillige Hilfszahlungen der Bundesregierung können jederzeit eingestellt werden. Die Zumutbarkeit des Eingriffs in Art. 12 I GG ist durch sie nicht auf Dauer gewährleistet.

IV. Fazit

1. Entgegen verbreiteter Meinung in Rechtsprechung und Literatur greifen die Betriebs- und Tätigkeitsverbote des § 28 b I Nr. 3, 4, 5, 7, 8 und 10 IfSG in das durch Art. 14 I GG geschützte Eigentum des Betreibers der betroffenen Einrichtungen ein. Auf eine Beeinträchtigung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs kommt es dabei nicht an. Die infektionsschutzrechtlichen Regelungen sind Inhalts- und Schrankenbestimmungen iSv Art. 14 I 2 GG. Diese sind nur verfassungsgemäß wenn sie verhältnismäßig im engeren Sinn sind. Dafür genügt es nicht, dass die Gemeinwohlbelange Leben, Gesundheit sowie die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems die Interessen des Eigentümers überwiegen. Die Eigentumsbeeinträchtigung muss darüber hinaus zumutbar sein. Dies ist ohne finanzielle Ausgleichsleistungen nach über einem Jahr pandemiebedingter Betriebsschließungen in vielen Fällen nicht der Fall. Art. 14 I 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber, Grund und Höhe des Ausgleichs in den Grundzügen zu regeln. Der Ausgleich kann nicht der politischen Entscheidung nach Haushaltslage ohne normative Verankerung überlassen werden.

2. Die Betriebs- und Tätigkeitsverbote des § 28 b I Nr. 3, 4, 5, 7, 8 und 10 IfSG greifen auch in die durch Art. 12 I GG geschützte Berufsausübungsfreiheit der Betroffenen ein. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit kann im Anwendungsbereich von Art. 12 I GG nicht anders ausfallen als im Anwendungsbereich von Art. 14 I GG. Auch hier sind unzumutbare Belastungen durch einen finanziellen Ausgleich zu vermeiden. Das Institut der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung ist auf Regelungen zur Berufsfreiheit nach Art. 12 GG zu übertragen.

3. Da der Gesetzgeber für die Betriebs- und Tätigkeitsverbote in § 28 b I Nr. 3, 4, 5, 7, 8 und 10 IfSG auch bei unzumutbaren Belastungen keinen finanziellen Ausgleich geregelt hat, sind die Verbote insoweit wegen Verstoßes gegen Art. 14 I und Art. 12 I GG verfassungswidrig. Der festgestellte Verfassungsverstoß führt nicht zwangsläufig zur Nichtigkeit von § 28 b I Nr. 3, 4, 5, 7, 8 und 10 IfSG. Das *BVerfG* kann die Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz feststellen, verbunden mit einer Fortgeltungsanordnung bis zu einer Neuregelung.[66]

63 Siehe unter II. 5.
64 Zu Art. 14 GG *BVerfGE* 100, 226 (245) = NJW 1999, 2877 = NVwZ 1999, 1218 Ls.
65 *BVerfGE* 100, 226 (245) = NJW 1999, 2877 = NVwZ 1999, 1218 Ls.
66 *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217 Rn. 401; *BVerfGE* 100, 226 (147) = NJW 1999, 2877 = NVwZ 1999, 1218 Ls.